

# 適正な手続により判定をうけるべき法的な利益

——「公正と効率」のためのノート(I)——

中 島 徹

## 一、検討課題

二、問題の所在——判例法理の展開と限界

三、手続的デュー・プロセスにかかわる諸価値 (1)平等 (2)予測可能性、明瞭さ、

合理性 (3)参加 (4)プライバシー

四、小 括

## 一、検討課題

一般に、あることがらについての判断決定に際して、当事者に実定法上の権利がないというばあい、それは当該決定が行政庁の裁量に属することを意味する。逆にいえば、「裁量あるところ権利なし」であり、そこではせいぜい裁量基準の逸脱の有無が問われるにすぎない。しかしながら、こうした裁量統制という実体法的なアプローチとは別に、裁量権行使の過程そのものが適正な手続にのっとっておこなわれたかどうか、また当該決定が法に適合した内容のものであるかどうかを問えるとするれば、「裁量あるところでも、なお権利はありうる」<sup>(1)</sup>ことになる。

周知のようにわが国の最高裁は、実体的な法的利益の有無とは切り離された「手続法上の権利」の存在を肯定して

適正な手続により判定をうけるべき法的な利益

おり、<sup>(2)</sup> 学説上も賛同を得ている。こうした手続的権利は、個人が不利益処分を受ける前提としてのみならず、ひろく政策決定過程そのものにおいても保障されるべきものであることはいうまでもない。<sup>(3)</sup> 現実の行政過程が、既に存在する法の執行過程に尽きるものではなく、創造的な政策決定過程であるとすれば、「政策が形成・実施され、かつ実施そのものの過程で形成されていく際の構造」<sup>(4)</sup> が適正なものであることの重要性は、あえて指摘するまでもないところであろう。しかし、手続的権利が存在するといわれ、あるいはその重要性が語られる場合でも、そのこと自体は、いわば自明の前提として、検討の対象とされる機会がほとんどなかったといつてよい。<sup>(6)</sup>

事情は、手続的デュー・プロセスに関して長い伝統をもつアメリカでも、同じである。アメリカでは、一九七〇年代初期にデュー・プロセス「革命」<sup>(7)</sup> を迎えたものの、七〇年代後半以降、次第にその役割が限定される傾向にある。<sup>(8)</sup> その際、とりわけ問題となるのは、憲法上実体的権利の存在が明示されておらず、法律によって実体的利益が付与された場合である。この場合、手続的権利保護は実体的権利の存否によって左右されると、法律によってある政府給付への entitlement が創出された結果、公正さをもとめる憲法上の権利が生じることになる。<sup>(9)</sup> しかし、それでは憲法上、手続的デュー・プロセスが保障されていることが、ほとんど無意味なものとなってしまう。こうした背景の下で、近時あらためて手続的保護は、実体保護のための付随的なものとどまるのか、それとも手続的保護それ自体に何らかの目的・価値を見出すことができるのか、問われだした。本稿はそうしたアメリカの理論動向を素材に、<sup>(10)</sup> いわば当然の前提とされてきた手続的保護のもつ価値を探ろうとするものである。

(1) 奥平康弘「行政における適正手続要件の形成」『判例時報』七八九号、七五年）一三一頁。

(2) 最判一九七一年一〇月二八日民集二五卷七号一〇三七頁。

(3) これは、「適正手続要件に体现される行政過程への、せまくいえば直接の利害関係人、広くいつて利害関心を有する国民の参加の要素、すなわち行政における民主主義の要素という、大きなパースペクティヴ」の問題である。奥平、前掲論文一三三頁参照。

(4) 藤田宙靖「行政と法」(雄川一郎他編『現代行政法大系I』(八三年)二五頁)。

(5) Tribe, *Structural Due Process*, 10 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 267 (75); 本論文の紹介として、畑博行「論文紹介」『アメリカ法』七七一(二四〇頁以下)。See also Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1669, 1723-60 (75); 本論文の紹介として、竹中勲、曾和俊文「論文紹介」『アメリカ法』七九一(一一三頁以下)。遠藤博也「行政過程論の意義」『北大法学』二七卷三・四号(七七年)五九六頁。

(6) もとより、この分野での秀れた研究は多い。鶴飼信成編『行政手続の研究』(六一年)、園部逸夫『行政手続の法理』(六九年)、杉村敏正『行政手続法』(七三年)、橋本公宣『行政手続法草案』(七四年)、小高剛『住民参加手続の法理』(七七年)、外間寛「アメリカ行政法における公正な手続」『公法研究』二三号(六一年)、田中館照橋「アメリカ行政手続の一考察(一)〜四」『法律論叢』三六卷五号、三七卷四号、三八卷二号・三号、六三―四四年、松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開(一)〜四」『法学論叢』一〇六卷四号・六号、一〇七卷一号・四号・六号、八〇年、米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題(三・完)」『民商法雑誌』七九卷二号(七八年)など参照。

(7) Verkuil, *A Study of Informal Adjudication Procedures*, 43 U. CHI. L. REV. 739 (76); 本論文につき、田島裕「論文紹介」『アメリカ法』七九一(二二八七頁以下)。Friendly, *Some kind of Informal Adjudication Procedures*, 123 U. PA. L. REV. 1267, 1274 (78)。

(8) 松井・前掲注(6)論文中の(四)―四二頁、米沢・同注論文八五頁など参照。

(9) see, Grey, *Procedural Fairness and Substantive Rights*, in PENNOCK & CHAPMAN eds, *Due Process: NOMOS XVIII* 182, 189-90 (77); cf. Perry, *Constitutional "Fairness": Notes on Equal Protection and Due Process*, 63 VA. L. REV. 383, 421-4 (77)。

適正な手続により判定をうけるべき法的な利益

(10) 司法審査の範囲を、当該行政処分が適正な手続にのっとっておこなわれたかどうか、という手続法的な要件の具備の有無に限定しようとする考え方ががある。雄川一郎「行政訴訟の動向」『現代法5』（六八年）一四九—一五二頁、原田尚彦「行政過程と司法審査」『判例タイムズ』二七六号、七二年）二頁。また、やや観点は異なるが別稿で検討する予定の「MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE (783) 参照。しかし、そうした限定が適切であるかどうかは、別個に検討する必要がある。」

## 二、問題の所在—判例法理の展開と限界

周知のように七〇年代初期のデュー・プロセス革命の発端<sup>(11)</sup>となった「Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 524(1970)」<sup>(12)</sup>、公的扶助給付の打ち切りに際して、受給者に事前の証拠聴聞(evidentiary hearing)の機会を与えることが、修正一四条のデュー・プロセスによって要求されることを明らかにした。そうした判断の基礎には、受給資格に関する紛争係属中に保護を打ち切ることが、受給資格ある者からその生活の手段そのものを奪うことになりかねないこと、保護を打ち切られた受給者は、日々の糧を得るのに追われて、實際上事後の救済手続に訴えることが困難であること(at 264)、他方、政府側としては事前聴聞が要求されると、財政上および行政上の負担が増大することになるが、これは人の生存にかかわる福祉領域においては、優越性をもつ利益ではない(at 265—6)、といった判断が存在する。つまり、「手続的デュー・プロセスがどの程度受給者に与えられるべきかは、彼が『重大な損害を被ると宣告される』<sup>(13)</sup> (Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123, 168(1951) (Frankfurter, J., concurring)) かもしれない程度によって影響をうけ、また受給者が当該損害を回避することによって得る利益が、簡易な裁決ですませることによって政府が得る利益よりも重要であるかどうかに依存している。したがって、われわれが Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy, 367 U.S. 886, 895 で述べたように、デュー・プロセスがどのような手続を要求しうる

かを考察するに際しては、当該状況がいかなるものであれ、問題となっている政府の行為が果たしている機能の性質、および政府の行為によって影響を受ける私人の利益の性質を、まずはじめに明確にしておかなければならない」(at 262-3)というわけである。ここでは、以上の判示に明らかなように、利益衡量の結果、一定の手続的デュー・プロセスが肯定されており、保護されるべき実体の性質そのものは、必ずしも明らかにされていない。<sup>(14)</sup>

もともと福祉は、特権理論によって権利ではなく恩恵とされていたから、手続的デュー・プロセスの保護はおよばないとされてきた。<sup>(15)</sup>しかし特権理論の崩壊、そのことと表裏の関係にある「特権」とされてきた諸利益<sup>(17)</sup>の重要性の認識が増すにつれて、連邦最高裁はあえて一定の権利と結びつけることなく、したがって告知・聴聞がどのような場合に必要とされるのかを明確にすることなしに、利益衡量によって手続的デュー・プロセスの要求を認めてきたのである。<sup>(19)</sup>そうした判例の動向からすれば、Goldberg判決のデュー・プロセス論は、保護すべき何らかの実体的利益―本判決では制定法上のものに限定されていない―があると考えられる事例であれば、とりあえずその性質は明らかにしないまま<sup>(20)</sup>で手続的保護を付与するもの、といえなくもない。その意味では、あくまでも「実体」を念頭においた手続的デュー・プロセス論である。これは、実体的利益を正面から問題とすれば、実体的デュー・プロセス<sup>(21)</sup>の復活であるとの批難を招きがちであるし、また従来、特権理論が支配してきた領域においては、実体的側面は、ある程度行政庁の専門的裁量判断に委ねざるをえないことから、あえて被侵害利益を前面に押し出すことなく、手続的側面から実体保護をはかった、とも考えられよう。<sup>(22)</sup>

もっとも、その後の手続的デュー・プロセスの拡張期<sup>(23)</sup>においては、とりたてて被侵害利益の重要度を問題にすることなしに、「手続」そのものの保護を重視した判決<sup>(24)</sup>が下されている。<sup>(25)</sup>しかしながら、七二年に下された Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564<sup>(26)</sup>、告知・聴聞が必要とされる場合と、付与されるべき告知・聴聞の形式を区別し、

前者については、実体的利益の性質によって決せられることを明らかにした。すなわち、「手続的デュー・プロセスの要件は、修正一四条の自由および財産の保護に含まれる利益の剝奪のみに適用がある」<sup>(27)</sup>（at 569）。「利益衡量の過程は、これまでずっと特定の状況の下で、手続的デュー・プロセスによって要求される聴聞の形式を決する際に、部分的に用いられてきたものであった」（at 570）というのである。その上で、「財産的利益は、もちろん憲法によってつくりだされるものではない。むしろそうした財産的利益は、州法—ある種の給付を保障し、またそうした給付へのentitlementの主張を是認する規則や取り決め—のような独立の源泉から生みだされた既存の規則や取り決めによってつくりだされ、その次元が定義される」（at 577）と述べて、事実上、手続的デュー・プロセスを付与するかどうかの判断を、政府の自由に委ねてしまった。<sup>(28)</sup>なぜなら、制定法上のentitlementが存在しなければ、手続的デュー・プロセスの要求は認められないが、entitlementの付与は、政府の裁量に委ねられているからである。<sup>(29)</sup>

こうして、手続的デュー・プロセスの適用があるかどうかは、問題となっている実体的利益の性質いかんによる、という考え方が明らかにされた。<sup>(30)</sup>その後、若干の混乱<sup>(31)</sup>をへて、Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) で、手続的デュー・プロセスに関する法理が集大成される。<sup>(32)</sup>それによれば第一に、手続的デュー・プロセスの要求が認められるためには、「自由」ないし「財産」に該当する特定の利益が存在しなければならぬ（at 333）。次に、デュー・プロセスが特定の場合にどのような手続を要求するかは、以下の三つの要素を考慮することが必要であるとする。すなわち、(i) 政府機関の行為によって影響をうけるであろう私的利益、(ii) 当該手続によってそうした利益が誤って剝奪される危険性、ならびに付加的ないし代替的な手続的保護が仮にあるならば、そうした保護にどれだけの価値があるか、(iii) 問題となっている政府機関の行為がはたす機能、および付加的もしくは代替的な手続要件に伴うであろう財政上および行政上の負担を含めた政府の利益（at 335）の三点が、それである。<sup>(34)</sup>こうして、第一の段階で実体的利益の性

質が問題とされ、更に第二の段階で実体的利益の重要性と政府利益の比較衡量という二重の関門が設定された結果、手続の保護は、それ自体としては次第に問題の焦点からはずれていくことになった。<sup>(36)</sup>

こうした the positivist trap<sup>(37)</sup> の問題点を整理してみると、以下の点が指摘できるようにおもう。第一に、連邦憲法上の権利（手続的デュー・プロセス）が主張されているにもかかわらず、それが認められるためには、修正一四条にいう「自由」・「財産」が、契約や規則、州法、州のコモン・ロー等の<sup>(38)</sup>、既存の実定法によって是認された利益でなければならぬ点で、手続的保護が憲法上認められていることが、ほとんど無意味なものとなってしまふ。次に、仮に実定法上に根拠を有する何らかの利益が存在していたとしても、なおいかなる手続がデューであるかの問題が残る。その点を決するためには利益衡量がおこなわれるわけであるが、その際、権利主張者の利益の重要性は、権利主張者個人にとつてのものではありえず、合理性の見地から裁判所によって判断される。つまり、当該利益を保持し続けることができる可能性をさしひいてもなお、存在するはずの実体的な価値がその重要性の尺度であり、<sup>(40)</sup> 当該利益を保持し得ることができかどうかは、そうした実体的利益の重要性に応じて設けられた、現に存在する手続いかによる。したがって逆に、ある利益の重要度は、当該手続がどの程度のものであるかによって判断されることになる。しかしこれでは、第一の関門を突破することによって認められるはずの憲法上のデュー・プロセスは、結局何らかの手続が実定法上規定されている場合には、主張する余地がほとんどないことになってしまふ。<sup>(41)</sup>

このような徹底した実証主義的観点に立脚する場合、手続問題と実体問題を区別することは、ほとんど不可能といつてよい。<sup>(42)</sup> その上、実体上の問題さへ解決できるなら、手続に欠陥があつても、結局全体としては正当化されるといった論理すら、是認されかねない。<sup>(43)</sup> その場合、手続的保護は単に正確性をより確保するという、手段的なものにとどまってしまうであらう。

ところでこうした方向性は、既に Goldberg 判決自体に内在するものであった。前述のように、Goldberg 判決は、生計手段の保護という実体的利益を重視した結果、手続的デュー・プロセスを認めたわけであるが、こうした手続重視の姿勢は、実体的デュー・プロセスの復活に対する警戒心によるものであった、と考える余地がある。<sup>(44)</sup>しかし、*Ree v. Wade*, 410 U.S. 113(1973)を契機とする実体的デュー・プロセスの復活傾向により、そうした制約は緩和されつつある。<sup>(45)</sup>かくして、正面から実体的デュー・プロセスを展開できるのなら、あえてコストのかかる手続的デュー・プロセスを経由して、実体的利益を保護するという迂遠な手段をとる必要はない、との考慮が―意識的・無意識的のいずれかとはかくとして―はたらいたとしても不思議ではない。少くとも時期的にみれば、こうした実体的デュー・プロセスの復活と手続的デュー・プロセスの後退は軌を一にしており、そこに何らかの相関関係を読みとることは、必ずしも理由のないことではないようにおもわれる。<sup>(46)</sup>いずれにせよ、デュー・プロセス「革命」自体に、今日手続的デュー・プロセスがかかえる問題点が内在していた以上、議論の方向を変えなければ、問題は解決されないことだけはたしかである。

そうした観点から、学説はさまざまな対応を示している。たとえば、「利益衡量の限界」<sup>(47)</sup> (the limits of interest balancing) を画することを主張したり、『新しい財産』<sup>(48)</sup> にできた裂け目を縫ぎ合わせる」<sup>(49)</sup> (to patch up the cracks in the new property) 試み、あるいは「公的判断形成過程における associational aims」<sup>(49)</sup> (associational aims in processes of public decision making) を規定する作業、さらには「手続的保護に対するより敏感なアプローチ」<sup>(50)</sup> (a more responsive approach to procedural protection) などがそれである。<sup>(51)</sup> また、デュー・プロセスに関する憲法論とは別に、「行政機関の行為によって影響を受けるあらゆる個人ないし集団が、判断形成過程へ関与することをもとめる行政の『利益代表モデル』」<sup>(52)</sup> (an interest representation model of administration) によって、行政法の現代における特徴を



明らかにしようとする見解や、さらに一般的に、「全ての公的判断過程に關して、手続のもつ価値を説く」(a plea for process values with respect to all public decisional processes)主張もある。<sup>(53)</sup>

いずれも、単に実体的結果が合理的なものであることだけにとどまらず、プロセスが関係者に与える効果というものを、公的判断形成の正統性を決する際に考慮に入れなければならないことを認める点で、<sup>(54)</sup>そのめざす方向を同じくするものといえよう。<sup>(56)</sup>それはつまり、行政上のデュー・プロセスを分析する際の焦点を、当該判断過程が人間の尊厳(human dignity)や自尊心(self-respect)を保障し高めるものであるかどうか、にあてるものにほかならない。<sup>(57)</sup>ここでは結果のいかんに関わらず、プロセスそのものが公正なものであることが、要請されているわけである。<sup>(58)</sup>

こうした議論は、直観レヴェルでなら、ほとんど異論の余地がないといってよい。<sup>(59)</sup>ただしここで注意すべきは、これらの考え方が、判断形成過程に個人がかかわっていく機会の極大化⇨プロセスの公正さの確保、という定式を必ずしもとっていない点である。こうした定式は、結局のところ、手続を実体を保護するための戦略として、位置づけるにとどまる。<sup>(61)</sup>これに対して、前述の学説にみられるようなdignitary approach<sup>(62)</sup>の意義は、実体的利益の有無に焦点をあてた、連邦最高裁の実証主義的立場をのりこえることにある<sup>(63)</sup>、といってよい。

そもそも、なぜ既存の実体的利益との関連でのみ、手続上の権利を保護することに関心がむけられるのだろうか。むしろ、現代の行政活動—とりわけ規制行政—は、規則制定にもとづくものが主流となりつつあることを考慮<sup>(64)</sup>に入れると、裁判を通じて権利保護をはかることにもまして、権利が生み出されてくる過程そのものに焦点をあてる必要がある。<sup>(66)</sup>なぜなら、ある規則が正確に適用されたかどうかを問うだけでは、その規則自体に何らかの欠陥があった場合を問題にしないからである。

このような意味で問題の焦点は、プロセスに關与すること自体の意義を明らかにすることであり、手続的デュー・

プロセスに関する権利が憲法上のものであること—実体的利益が制定法上存在するかどうかにかかわらず—を確認することにある、といえよう。そこで次節では、この点に関する若干の予備的検討をおこなうこととする。

- (11) *Goldberg v. Family Finance Corp.* 395 U.S. 337 (1969) 及び *Goldberg v. Kelly* 407 U.S. 1203 (1972) 参照。また *Goldberg v. Kelly* 407 U.S. 1203 (1972) 参照。 *see Note, Some Implications of Snidach*, 70 COLUM. L. REV. 942 (1970); *The Supreme Court, 1969 Term*, 84 HARV. L. REV. 100 (1970); McAndrews, *The Constitutional Validity of Attachment in Light of Snidach v. Finance Corp.*, 17 U.C.L.A.L. REV. 837 (1970). *cf.* Rowan v. United States Post Office Department, 397 U.S. 728 (1970); Richardson v. Perales, 402 U.S. 389 (1971); Richardson v. Wright, 405 U.S. 208 (1972). *see also* Meyerhoff & Mishkin, *Application of Goldberg v. Kelly Hearing Requirements to Termination of Social Security Benefits*, 26 STAN. L. REV. 549 (1974). 松井・前掲注(9)論文中の(一)八八頁、九九頁注(26)参照。

- (12) 本件に関する研究は、数多い。邦語文献については、以下参照。塚本重頼「社会福祉給付の打ち切りと聴聞の必要性」(判例時報)六三一号(七一年)一九頁、外間寛「アメリカの行政聴聞」(『時の法令』七七〇号、七一年)一七一頁、同「判例紹介」(『アメリカ法』七二—七三)三五七頁、金子正史「行政聴聞の権利(2)——事前聴聞」(『別冊ジュリスト英米判例百選』「公法」七八年)七六頁、なお米沢・前掲注(6)二四九頁、松井・同注論文(一)八八九頁参照。

- (13) この判決でフランクファーター判事は、真実に到達するためには、何よりも手続的デュー・プロセスを保障すべきこと、それなしには正義がおこなわれたという感覚を生じやせることができないことを、指摘している(171—2)。 *see also* Resnick, *Due Process and Procedural Justice*, in PENNOCK & CHAPMAN eds., *supra* note 9 at 206—7 (1977).

- (14) 本判決は、公的扶助を「制定法上の資格」(statutory entitlement)と把握している。 *see also Note, Statutory Entitlement and The Concept of Property*, 86 YALE L. J. 695, 698 (1977). 及び Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 YALE L. J. 1245, 1255 (1965); Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733 (1964) を参照。 (at 261 n. 8) 「今日では、公的扶助の entitlement は政府によるべきである」『権限』よりもむしろ現実

的であらう」と指摘している。この点に関しては米沢・前掲注(6)二五九頁以下参照。

(15) *see e.g., Fleming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960).

(16) *see e.g., Van Alstyne, The Demise of the Right—Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 HARV. L. REV. 1439 (‘68). <sup>60</sup>この近時、特権理論の復活を示唆する見解が多々ある。<sup>61</sup> *see e.g., Note, The Resurrection of the Right—Privilege Distinction? A Critical Look at Maher v. Roe and Bordenkirchner v. Hayes*, 7 HASTINGS CONST. L.Q. 165 (‘79); Smolla, *The Reemergence of the Right—Privilege Distinction in Constitutional Law: The Price of Protesting Too Much*, 35 STAN. L. REV. 69 (‘82), *cf.* Branti v. Finkel, 445 U.S. 507 (1980); Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981); Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982). *see also* Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293, 1314—24 (‘84).

(17) たとえば、刑の宣告、外国人の合衆国への入国、公務員の採用、解雇、学校教育、政府との契約、営業免許、福祉などが、従来「特権」とされてきた。松井・前掲注(6)論文(一)六四頁以下。なお、特権理論とデュー・プロセス条項との関連について、小高剛「行政過程における正式手続の制限及び排除について」『立命館法学』六三・六四号(六五年)四二—七三頁、國部・前掲注(6)書二四八—五五頁参照。

(18) *see*, Reich, *supra* note 14.

(19) *see, e.g., Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420, 442 (1960); *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 894—5 (1961). *see also* Note, *Notice and Hearing in Government Exclusionary Action*, 110 U. PA. L. REV. 1009, 1018 (‘62); Gallhorn & Robinson, *Perspectives on Administrative Law*, 75 COLUM. L. REV. 771, 784 (‘75); Dupriest, “*Liberty*”, “*Property*”, and *Procedural Due Process*”, 56 ORE. L. REV. 137, 138 (‘77); TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (‘78) 506—14.

(20) 手続的デュー・プロセスの保護利益の拡大は、「財産」概念の拡大に対応している。そして従来「権利」とはされてこなかった諸利益を「財産」概念に含ましめることによって、原告適格の範囲も拡張された(「法的権利」基準から「法的に保護適正な手続により判定をうけるべき法的な利益

護られた利益基準へ、更にその稀薄化へ）。これらはいずれも裁判所による行政のコントロールをめざすものといえよう。  
see, Stewart, *supra* note 5, at 1723-60.

- (21) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Nebia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934); *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937); cf. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); (以下「匿名者によるアンキート事件」の辺りに参照) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 103 S. Ct. 2481(1983); *City of Revere v. Massachusetts Gen. Hosp.*, 103 S. Ct. 2979 (1983); *Perry, Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 U.C.L.A.L. REV. 689 (1976); *Perry, Substantive Due Process Revisited: Reflections or (and beyond) Recent Cases*, 71 NW. U.L. REV. 417 (1976); *Wells & Eaton, Substantive Due Process and the Scope of Constitutional Torts*, 18 GEO. L. REV. 201 (1984).

- (22) 以下「厳格な標準」という用語は、この論文のなかで Goldberger 判決によるアンキート事件の反対意見参照。

- (23) Note, *The Growth of Procedural Due Process into a New Substance: An Expanding Protection for Personal Liberty and a "Specialized Type of Property"....in Our Economic System* 66 NW. U.L. REV. 502, 525 (1971).

- (24) *Wisconsin v. Constantineau*, 400 U.S. 433 (1971); *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371 (1971) (本件における「貧困と裁判を受ける権利—Boddie v. Connecticut—」『同法社法学』二十八卷三号一七〇頁「七十六年参照」); *Bell v. Burton*, 402 U.S. 535 (1971) (本件は免許の継続的所持が「生計維持に欠くことがあつたことを理由として」); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972); *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1971) (本件における「裁判権」『同法社法学』四十一号一七四頁参照); see *Lafreese and Fuentes; Replevin Reconsidered*, 71 COLUM. L. REV. 886 (1971); *The Supreme Court, 1971 Term*, 86 HARV. L. REV. 1, 85 (1972); Comment, *Foreign Attachment after Swiadach and Fuentes*, 73 COLUM. L. REV. 342 (1973); *Clark & Landers, Swiadach, Fuentes, and beyond: The Creditor Meets the Constitution*, 59 VA. L. REV. 355 (1973); Notes, *Procedural Due Process—The Prior Hearing Rule and the Demise of Ex Parte Remedies*, 53 B.U.L. REV.

41 ('73).

(25) see TRIBE, *supra* note 19 at 514—522.

(26) see Fried, *Public Employees, Right to a Pre-Termination Hearing under the Due Process Clause*, 48 IND. L.J. 127 ('72); Note, *Boards of Regents v. Roth: Procedural Rights of Nontenured Teachers*, 73 COLUM. L. REV. 882 ('73); Note, 1977 WIS. L. REV. 584—8. Morrissey v. Brewer, 408 U.S. 471 (1971) の「國權」に「Tushnet, *The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process*, 1975 SUP. CT. REV. 261, 268 ('76).」本件では「修正一四條の「自由」ならし「財産」の存在が否定された。最高裁は「ある給付に「つうじ『財産』の利益がある」とうたぬには、その給付に「つうじ抽象的な必要性なし欲求をもつだけでは足らず、正當な entitlement の主張を有するに足るべきならん」と明示する (at 577)。

(27) 々の意味では、特權理論に近づくべきである。see Note, *The Due Process Rights of Public Employees*, 50 N.Y.U.L. REV. 310, 322 ('75). 松井・前掲注(5)論文四六九頁注(5)參照。但し、その後 Wolf v. McDonnell, 418 U.S. 539 (1974) により「entitlement が付与されれば、それを剝奪する際には、立法院の判断とは別の憲法上の「ディー・プロヤス」な手続を必要とする」とな認識をなした。

(28) Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134 (1974) により「ローン・ヤン事務の「行政裁判」(at 211) 參照。see e.g., *The Supreme Court 1973 Term*, 88 HARV. L. REV. 41, 83 ('74); Comment, *Fear of Firing: Arnett v. Kennedy and the Protection of Federal Career Employees*, 110 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 472 ('75).

(29) see Van Alstyne, *Cracks in "The New Property"*, 62 CORNELL L. REV. 445, 489—90 ('77).

(30) Mitchell v. W.T. Grant Co., 416 U.S. 600 (1974); North Georgia Fishing Inc. v. Di-chem, Inc., 419 U.S. 601 (1975); see e.g., *Heirs of Boddie: Court Access for Indigents after Kras and Ortwein*, 8 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 571 ('73); Cunningham, *Justice Whites Chemistry: The Mitchellization of Fuentes*, 50 WASH. L. REV. 901, 908 ('75).

適正な手続により判定をうけるべき法的な利益



- (78); Dixon v. Love, 431 U.S. 105 (1977); New Motor Vehicle Bd. of the State of Calif. v. Orrin W. Fox Co., 439 U.S. 96 (1978); see e.g., *The Supreme Court, 1977 Term*, 92 HARV. L. REV. 57, 120(78); Carey v. Piphus, 435 U.S. 247 (1978); Greenholtz v. Inmates of the Nebraska Penal and Correctional Complex, 442 U.S.1(1979). cf. Memphis Light, Gas & Water Div. v. Craft, 436 U.S. 1 (1978); Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1979), Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979); see Note, *Procedural Safeguards for Periodic Review: A New Commitment to Mental Patients' Rights*, 88 YALE L.J. 850 (79); Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682 (1979); Mackey v. Monttym, 443 U.S. 1 (1979); Vittek v. Jones, 445 U.S. 480 (1980); Parratt v. Taylor, 451 U.S. 527 (1981); see Comment, *Due Process and section 1983: Limiting Parratt v. Taylor to Negligent Conduct*, 71 CALIF. L. REV. 253, 255—8 (82); see also Logan v. Zimmerman Bruch Co., 455 U.S. 422, 431—2 (1982). 「正田」・「斎藤」 敬告 20 13 14' see Simon, *Liberty and Property in the Supreme Court: A Defense of Roth and Perry*, 71 CALIF. L. REV. 146 (83); Terrell, *Property, Due Process and the Distinction Between Definition and Theory in Legal Analysis*, 70 GEO. L. J. 861 (82); Williams, *Liberty and Property: The Problem of Government Benefits*, 12 J. LEGAL STUD. 3 (83); Alexander, *The Concept of Property in Private and Constitutional Law: The Ideology of the Scientific Turn in Legal Analysis*, 82 COLUM. L. REV. 1545 (82); Easterbrook, *Substance and Due Process*, 1982 SUP. CT. REV. 85.
- (35) Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 B. U. L. REV. 885, 888 (81).
- (36) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).
- (37) Glennon, *Constitutional Liberty and Property: Federal Common Law and Section 1983*, 51 S. CAL. L. REV. 355, 357 (78).
- (40) Mashaw, *supra* note 37, at 892.
- (41) ひとつは「國」の positivist trap を回避せよとせよとあるが、その「國」 Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1978); Dixon 類司法手続による判定をやむを得ず法的な利益





- (47) Notes, *Specifying the Procedures Required by Due Process: Toward Limits on the Use of Interest Balancing*, 88 HARV. L. REV. 1510 (1975).
- (48) Van Alstyne, *supra* note 30.
- (49) Michelman, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in PENNOCK & CHAPMAN eds. *supra* note 9, at 126.
- (50) Saphire, *supra* note 43.
- (51) これらの文献については、別稿で取り扱う予定である。ただ一点だけ、ここで問題点を指摘しておきたい。Michelman は、*Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974) における六人の裁判官（ダグラス、ブレナン、ホワイト、マーシャル、ブラックマン・パウエル各判事）が、ひとたび法律上 entitlement を付与されれば、手続的デュー・プロセスの要求は憲法上独自のものとして認められる、としている点をとらえて、実体的権利の創出は立法部の任務だが、手続的権利は裁判所が認定するものである、とする (at 134)。こうした見解は、*Arnett* 事件のように、立法部が実体的権利と同時に手続の内容をも規定している場合には、無意味なものになると考えることもできるが、Michelman はそうではない、という。なぜなら、立法部の任務は自治 (autonomy) の範囲を限定することにあるのであって、しかもその場合、そうした実体的準則の遵守が確保されるような手続構造がとられていなければ、立法部のそうした任務は正当化されないからである、というのがその理由である。しかし、この主張が成り立つためには、立法部の領域をこのように限定することの理由を明らかにしなければならぬ。さらに、たびたび指摘しているように、そもそも entitlement が立法部によって創出されていなければ、手続的デュー・プロセスは全くのところに認められる余地がない。また、Michelman は別の箇所 (at 145—46)、連邦最高裁は、制定法上の entitlement が存在しない場合でもなお、*in the* (take) entitlement を認めていることを指摘しているが、そうなるに当初の前提（立法部—実体、司法部—手続）である二分論から逸脱することになりはしないだろうか。see also Michelman, *supra* note 49, at 158 n. 27. この点、Tushnet は問題を正面から取り扱い、ここの問題は、憲法上の自由を明らかにすることであることを率直に認める。しかし彼はその際、社会的重要性の基準 (criteria of social importance) により判定をうけるべき法的な利益

portance) のように、ほかに無限定の基準を用いる必要は、Lochner 的な過剰の具体性から・プロセスに照るべきべ、具体性から・プロセスを認めるべき彼の前提を、採集するべき憲法上の正当性。Tushnet, *supra* note 26, at 277—80. *see also* Mashaw, *Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public, Public Law*, 54 TUL. L. REV. 1393, 1401—2 ('77).

- (62) Stewart, *supra* note 5 at 1711—1813.
- (63) Summers, *Evaluating and Improving Legal Process—A Plea for “Process Values”*, 60 CORNELL L. REV. ('74).
- (64) *see generally* FREDMAN, CRISIS AND LEGITIMACY ('78).
- (65) Mashaw, *supra* note 37, at 886. 43 44 Mashaw 44 のプロセスに照るべき “dignitary theories” of due process を参照。
- (66) 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

- (39) *see Mashaw, supra* note 51.
- (39) Paul v. Davis, 424 U.S. 633 (1976) に於けるブレナン判事の反対意見（ホワイ・マーシャル両判事同調）参照（at 734—35）。<sup>94</sup> 同旨の見解は Saphire, *supra* note 43, at 121—24 に引用の諸判決にもみられる。
- (64) Fuchs, *Development and Diversification in Administrative Rulemaking*, 72 NW. U.L. REV. 83 (77).
- (59) *see* Cooper, *Goldberg's Forgotten Footnote: Is there a Due Process Right to a Hearing Prior to the Termination of Welfare Benefits When the Only Issue Raised is a Question of Law?* 64 MINN. L. REV. 1107 (80); Comment, *Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking*, 63 CALIF. L. REV. 886 (75).
- (66) しかし連邦最高裁は「ケース・バイ・ケースの審判手続の場合を除いて、一時的な規則制定手続にこうした考え方を適用することは」拒否している。<sup>95</sup> *see, e. g.,* Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 435 U.S. 519, 542 n. 16 (1978).

### 三、手続的保護にかんする諸価値

手続的デュー・プロセスに関する権利が、憲法上のものであることを確認するためのキー・ワードのひとつは、<sup>(67)</sup> いうまでもなく「公正」である。しかし、「公正」はそれ自体としては不確定概念であるから、それを構成する諸要素を明らかにしておかなければ、無限定な抽象的議論に陥り易い。手続的デュー・プロセスを、「公正」という観点から理論づけるための検討は、次稿でおこなうが、そのための前提作業として、本節では、(i)憲法体系の中に、手続上の価値が存在したした場合、それは具体的にどのようなものであるか、(ii)それらを正当化することができるか、<sup>(iii)</sup> 適用上の難点はないか、という諸点を確認しておきたい。

(i)については、自由主義的立憲主義の基盤をなす諸価値が、それにあたる。<sup>(68)</sup> 具体的には、(1)平等 (equality)、(2)予適正な手続により判定をうけるべき法的な利益

測可能性 (predictability)、明瞭性 (transparency)、合理性 (rationality)、(3) 参加 (participation)、(4) プライヴァシー (privacy) などが、指摘できよう。もとより、これらに尽きるものではないかもしれないが、少なくとも、これらがいずれも「公正」さにかかわる価値であることは、うたがいない。むしろ問題は、これらが(ii)および(iii)の点をクリアーできるか、である。そこで以下、それぞれについて、若干の問題点を指摘してみたい。

(1) 平等 平等にかんしては、誰もが結果に対して平等な影響力をもつべきだ（つまり、プロセスに平等に、参加できるべきだ）、という点からいえば、これが手続上の価値といえるであろうことは、一見当然のことのようにおもわれる。しかし、近時の論争でも明らかのように、「平等」概念は著しくつかみにくい概念である。実際、手続に対して平等がもつ意味も、必ずしも明白なものであるわけではない。

たとえば、何人に対しても特権を付与しないという条件の下で、全ての判断決定に社会構成員が全て参加できるならば（「平等」の保障）、その場合には、多数決が決定のためのルールとなる。<sup>(75)</sup>しかし、そもそも手続的デュー・プロセス保障の眼目のひとつは、多数決による政治過程を通じて形成された判断に対して、異議を唱える少数者を保護することにある。したがって、多数決民主主義と結びつく「平等」原則からは、即目的には、憲法上のデュー・プロセスを導き出すことができない、といわなければならない。<sup>(76)</sup>むしろ、ここでの問題の焦点は、多数派の専制を抑制することにあるのである。<sup>(77)</sup>

さらに、糾問構造をとる行政手続の場合、当事者のおかれた立場如何によっては、手続に平等に参加することが、実際には不利益となる場合がある。たとえば、公的扶助の打ち切りや減額の取消しを求める際、訴訟手続に参加すること自体が、財政的負担を伴うものであるし、また、ケース・ワーカーとの、その後の人的関係などは、現実には無視しえない要素であろう。したがって、口頭弁論や反対尋問、証拠開示などといった、正式の手続の排除によって、

実質的な平等の回復をはかることが要求される場合すら考えられる。<sup>(74)</sup> もっとも、これは、形式的平等か実質的平等かの問題であるというよりは、むしろプロセス＝平等と直結できないことから生じる、政策的配慮の必要性を示唆するものといえるかもしれない。

以上のごくわずかな検討だけでも、手続における平等が、一方でプロセスへの平等参加を要請しつつ、なお多数決ルールや審判構造を、一定程度修正する原理としてあらわれてくることが、指摘できる。したがって、こうした問題を、「公正」という上位概念の下で、どのように整理するかが、問われざるをえないのである。

(2) 予測可能性、明瞭さ、合理性　しかしながら、仮に手続における「平等」が保障されたとしても、手続過程そのものが不明朗である場合には、個人の尊厳が保障されたことにはならない。なぜなら、ある決定がなされるに際して、何が重要な関連事項となっているか、誰が当該決定を下すのか、あるいは更に更に極端に、いかなる決定が下されたのかすら正確に知りえない場合には、プロセスへの参加者は、システムに翻弄される客体にすぎないことになるからである。

<sup>(75)</sup> したがって、予測可能性、明瞭さ、合理性の三要素は、プロセスへの参加者にとって欠くことのできない価値である。換言すれば、まず判断決定過程において、参加者に対して、決せられるべき問題についての適切な告知が与えられなければならない。さらに、争点となっている問題に関連する証拠ならびに、判断決定過程自体が、どのように運営されるのかについての告知が、与えられるべきであることもいうまでもない。また、ある決定がなされるに至った理由を開示することによって、争点、証拠、過程が、実際に結果にとって意味をもっていたことの保障も、不可欠である。<sup>(76)</sup> とりわけ、最後の点については、合理性を担保するために不可欠であると同時に、仮に実体上の結論が、プロセス参加者にとって失望に終わった場合でも、なおその後にとるべき行動への一定の指標たりうる点で、重要な意味を

もつ。

こうした三要素に基づくプロセスの構造化は、それ自体としては、ほとんど常識に属することがらである、といつてよいであろう。しかしながら問題は、一定の目的に基づいて行動をおこす際に、それが予測可能なかたちで厳格に構造化された段階を踏むことが、常に個人の尊厳を増大させることには、必ずしもならない、という点にある。むしろ時として、やや場あたりの構造化されていないプロセスの方が、好ましいものと評価される場合があることは、陪審制が端的に示している。つまり陪審制においては、決定理由を開示しないことに、むしろその意義があるのである。そうした意味で、裁判手続のような固定化されたプロセスとは別の、個々の事案に即した柔構造のプロセスが要求される場合があるとすると、そこにおける合理性がどのように担保されるのか、さらにはそもそも担保できるのか、といった点が問題となるであろう。<sup>(77)</sup>

いずれにしても、あるプロセスが、合理的なものであるべきであるという命題から、直ちに、最も望ましい形態のプロセスが導き出されるわけでは必ずしもないことに、注意しなければならぬ。ここでも、「公正」概念とのフィード・バックが要請されるのである。

(3) 参加「参加」が、手続的デュー・プロセスにおける *dignitary process values* のうちのひとつである点についても、ほとんどどうたがう余地がないといえよう。しばしば指摘されるように、自らの利害に関わる判断決定がなされる手続への実効性ある参加が認められなければ、不利益を被る個人の尊厳を守り抜くことは、むずかしい。前述の「平等」という価値も、その多くは、「参加の平等」を意味するものである。更に、予測可能性や明瞭さ、あるいは合理性も、いうまでもなく参加者にとってのものである。

第二節では、手続的デュー・プロセスは、既に権利であると認められているものを守ろうとする個人がおかれた状

況にのみ認められる<sup>(79)</sup>、という考え方が、判例上定着してきたことをみてきた<sup>(80)</sup>。個人の権利保護という点だけからいえば、これも個人の尊厳を確保するものだ、といえなくもない。しかしながら、「参加」は、単に既存の権利を執行することだけではなく、権利内容を発展させる機能を営む手続においても、等しく重要な要素である<sup>(81)</sup>。すなわち、「我々の自尊心 (self-respect) は、われわれが参加を認められていない手続において、自らの権利が処理されている場合だけではなく、われわれが自らのものと考えているさまざまな権利が規定され、具体化される社会的な判断決定過程からしめ出される場合にも、異議を唱える<sup>(82)</sup>」のである。

しかし、そのこととプロセス参加者が、判断決定過程におよぼすコントロールの度合いに、応じて、個人の尊厳も確保される、という議論<sup>(83)</sup>とが、直ちに結びつくかどうかは、検討の余地ある問題である。なるほど、コントロールの喪失は、とりわけ、権利内容が不明確であったり、あるいは柔構造の手続がとられている場合には、深刻な打撃となるであろう<sup>(84)</sup>。まさにこうした状況において、われわれは、自分の行動を弁明し、正当化する必要性を痛感するはずである<sup>(85)</sup>。

しかしながらこのように、手続へのコントロールを、権利保護のための戦略と位置づけてしまうと、実体的利益の中に、手続への参加「権」が包摂されることになりはしないだろうか。それでは結局、実体的利益なければ手続なし、との判例理論と大差がない。しかも、他方で実体的利益が存在する場合には、行政運営のあり方そのものを根本的に変革しなければ、それに対応できないことになる<sup>(86)</sup>。また、仮に手続への参加を、実体的利益の有無と切り離した場合でも、それを権利として構成するのか、それとも社会正義 (social justice)<sup>(87)</sup>の観点から公共政策 (public policy) へと反映させていくのかは、慎重な検討を要する問題である<sup>(88)</sup>。

(4) **プライバシー** 手続的デュー・プロセスをめぐる価値のうちで、最も矛盾をはらんでいるのは、プライバシー

である。そもそも何故、プライバシーが手続的デュー・プロセスにかかわるのか、という疑問さえ生じよう。しかし、プライバシーを保護しないプロセスが、それを保護するプロセスよりも良いものだ、と評価することは困難である。<sup>(87)</sup>

むしろ問題は、これまでに指摘してきた三つの価値が、広い意味でいずれも相互理解のために、当事者双方の参加や開示を求めるものであったのに対し、プライバシーは逆である、という点にある。プライバシーの本質は、通常、ひとりではっておかれ、あるいは自己に関する情報をコントロールすることにある、と把握されている。そうだとすれば、一方で手続への参加を要求しつつ、他方、仮に問題の解決に不可欠な情報であっても、プライバシーの主張によって、当該情報を秘匿することもできることになろう。したがって、「personhood」という概念をどのように把握すれば、<sup>(88)</sup> 正しい dignitary values に内在する衝突をうまく乗り越えることができるか」が、問われざるをえないのである。

- (67) 本稿ではさしあたり、事前行政手続について日本国憲法三十一条を根拠とするか、あるいは一二三条の適用があるのか、といった問題には立ち入らない。この点については、小高剛・前掲書注(6)一二七頁以下参照。
- (68) Mashaw, *supra* note 37, at 899. 彼によれば、それらは直観的なものである。
- (69) see Saphire, *supra* note 43, at 114—25; Summers, *supra* note 53, at 20—27. Michelman は “revelation” と “participation” を区別する。Michelman, *supra* note 49, at 127.
- (70) see Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (’82); Burton, *Comment on “Empty Ideas”*; *Logical Positivist Analyses of Equality and Rules*, 91 YALE L. J. 1136 (’82); Westen, *On “Confusing Ideas”*; *A Reply*, 91 YALE L. J. 1153 (’82); Chemirinsky, *In defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 MICH.



- L. REV. 575 ('83); Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals*; *A Reply*, 81 MICH. L. REV. 604 ('83); Greenwalt, *How Empty is the Idea of Equality?* 83 COLUM. L. REV. 1167 ('83); Westen, *To Love the Tarantula from Its Hole*; *A Response*, 83 COLUM. L. REV. 1186 ('83).
- (7) May, *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision*, 20 ECONOMETRICA 680, 683 ('52), cited in Mashaw, *supra* note 37, at 899-900.
- (8) この点に關し「*see* Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (77) at 180-3, 272-8; *see also* Dworkin, *Why Efficiency?*; *A Response to Professors CALABRESI and POSNER*, in KUPERBERG AND BEITZ eds., LAW, ECONOMICS AND PHILOSOPHY 123 ('83).
- (9) *see generally* ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 301-13 ('80).
- (10) Michelman のこの nonformal な思想は「*why do we?*」 Michelman, *supra* note 49 at 128. *see the* Social Security Act § 205 (g), 42 U.S.C.A. § 405(g) (Supp. 1981).
- (11) Mashaw, *supra* note 37, at 901-2.
- (12) Summers, *supra* note 53, at 26-7.
- (13) Michelman は「formal な手続き non-formal な手続きを区別しようとする」後者は「revelation」と「participation」との間の連続線上の individualize 的な手続きである。このことは米精神の Mashaw の指摘する三要素の一つであるからである。このことは後述の米精神の米精神である。 Michelman, *supra* note 49, at 26-7.
- (14) *see generally* Spitzer, *Multicriteria Choice Preferences: An Application of Public Choice Theory to Bakke, The FCC and the Courts*, 88 YALE L. J. 717 ('79); Spitzer, *Radio Formats by Administrative Choice*, 47 CHI. L. REV. 647 ('83).
- (15) Michelman のこの formal な思想はである。 *see supra* note 77.
- (16) *ibid.*, at 129-30.

真正な手続きの判定をいかに客観的な利益

- (81) *see, e. g., Comment, supra note 65, at 898 & n. 47.*
- (82) *Mashaw, supra note 37 at 903.*
- (83) *see, supra note 60. 但し* Thibaut & Walker *は*、必ずしもコントロールの増大を個人の尊厳とは結びつけていない点に注意。
- (84) *Tribe, supra note 5, at 303—6.*
- (85) *Mashaw, supra note 37, at 904.* *Mashaw は*、コントロール権を認めることは、行政国家の解体を要求すること、そして全ての判断決定を、人民投票や正式の審判手続、合意形成のための交渉等を何らか組み合わせて行うべし、との主張とは同義であるという。 *cf. Frug, The City as a Legal Concept, 93 HARV. L. REV. 1059 ('89).*
- (86) *Michelman もまた*、理念を権利へ転換せざることを拒む。 *see Michelman, supra note 39, at 127—8, 149—50.*
- (87) 合衆国憲法修正四条および五条が、特定の事項（たとえば、不当な捜索・押収の禁止、自己に不利な供述の強要禁止など）について、プロセス上の保護を与えていること、および *Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)* に代表される、実体的デュー・プロセスによるプライバシー保護が、その根拠となる。 *Mashaw, supra note 37, at 904—5.*
- (88) *ibid., at 905.*
- (89) *see, e. g., Radin, Property and Personhood, 34 STAN. L. REV. 957 ('82).*

#### 四、小 括

以上のほかに、いくつかあげるべき価値が存在するかもしれない。あるいは、それらを定式——たとえば *humanness* (86) といったような——に統合することもできよう。しかしむしろ、以上のような直観的価値をどのように理論づけ、憲法体系の中に位置づけるか、という作業の方がより重要であるようにおもわれる。いうまでもなく、第三節で指摘した諸価値は、そのまま憲法上権利主張を貫徹できるほど明確な輪郭をもっているわけではない。そこでそれらの価値を

憲法上の権利の中に位置づけることが、要請されざるをえないのである。その際、以上四つの価値は、それ自体では解決することの困難な問題点を、それぞれかかえていることは明らかである。したがって、これらを更に「公正」という上位概念の下で、再構成することが必要である。しかし紙数の関係で、それは次稿の課題とせざるをえない。<sup>(91)</sup>

ただ若干の方向だけを指し示しておけば、第三節で述べた諸価値の前提をなす、自由主義的哲学のいくつかの潮流において、「手続」がどのような位置づけを与えられているかが、第一の検討課題となろう。<sup>(92)</sup>次に、「公正」よりも、「効率」に重点をおく、「法の経済分析」論<sup>(93)</sup>が検討されなければならない。なぜなら、行政の正統性を、市民の同質を前提とする共通の価値によって創出しえない現代国家にあっては、良かれ悪しかれ、「手続」が正統性創出機能を担わざるをえない。その場合、「効率」を価値基準とした目的合理性を追求する思考が、「法の経済分析」論の大前提たる「自由主義」と相容れず、むしろ「効率」の体現者としての行政を正当化することによって、積極的に国家管理を促進することになるのではないか、との疑問があるからである。(未完)

(90) Summers, *supra* note 53, at 23.

(91) 本稿は、いかにも中途半端な検討で終わらざるをえないが、本誌では連載形式が認められないため、稿を改めて引き続き検討を加えるつもりである。

(92) その際、ベンサム流の手続を戦略として位置づける考え方が役立たないことは、本文中で示唆した。そうだとすれば、ひとは Nozick に代表されるロック流のアプローチ (NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA, (74)) や、カンタ哲学に基礎をおく Rawls (RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (71)) の政治理論を主たる検討対象とせよう。なお、本稿脱稿後にようやく、イェール大学での行政国家をめぐるシンポジウムのペーパーを手びきた。(Papers from the Yale Law Journal Symposium on The Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State. Held

*at the Yale Law School on February 11-13, 1983 (part 1&2)*, 92YALE L. J. 1083 ('83) の中で興味ある主題ならべしか展開されているが、参考になる点が多いが、やはり次稿の検討課題と相知るべき点がある。

- (6) see e.g., POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 2d ed. ('77); POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE, ('81); cf. *Symposium on Efficiency as a Legal Concern*, 8 HOFSTRA L. REV. 485-770 ('80), and *A Response to the Efficiency Symposium*, 8 HOFSTRA L. REV. 811-972 ('80).